

# Renuncia y alegación de la prescripción entre el Código Civil y el Código Procesal Civil

Eugenia Ariano Deho<sup>(\*)</sup>

## 1. Premisa

La idea que parece presidir a la disciplina de la prescripción contenida en el Código Civil es que los intereses tutelados por el ordenamiento no lo sean (como regla) eternamente, por cuanto todo en esta vida (hasta las relaciones jurídicas) debe tener un inicio, una evolución y un fin.

De allí que no sorprende que el artículo 1989 del Código Civil, siguiendo una muy larga tradición, haya establecido que objeto de la extinción por prescripción sea la "acción"<sup>(1)</sup> y no el derecho<sup>(2)</sup> o, más en general,

la relación jurídica sustancial<sup>(3)</sup>, queriéndose -quizá-evidenciar que el fenómeno prescriptorio opera, en definitiva, privando de concreta "tutelabilidad" (o sea de protección) a las situaciones jurídicas subjetivas sustanciales que han permanecido inactuadas durante un determinado período de tiempo.

Ahora bien, que el propio ordenamiento, a un cierto momento, pueda privar de "tutelabilidad" (o sea de protección) a los intereses que él mismo tutela, se suele justificar invocando el "interés público" a la certeza de las relaciones jurídicas, en el sentido de que si una relación jurídica permanece inactuada

(\*) Profesora de Derecho Procesal Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la Universidad de Lima y en la Maestría con mención en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) Aunque parezca lo contrario, el Código Civil no distingue entre derecho y acción, sino que la acción viene concebida "a lo antiguo", vale decir, como que "la acción, o derecho de hacer valer el derecho, no es más que el derecho mismo hecho valer; el derecho en un nuevo aspecto o en una nueva fase, pasado del estado de reposo al estado de combate", en cuanto si "cada acción presupone un derecho", "no hay acción sin derecho", pero sí puede haber "derecho sin acción" (así, antes de su "conversión" al "dualismo". CHIOVENDA. *Azione*. [1901] En: PROTO PISANI [editor]. *Saggi di diritto processuale civile* [1894-1937]. Tomo III. Milano: Giuffrè, 1993. pp. 5, 12 y 13). Ello es fácilmente apreciable en el catálogo de plazos del artículo 2001 del Código Civil, en donde se distinguen (bien o mal) los plazos de las "acciones" en atención a las diversas situaciones jurídicas sustanciales. Cuando nuestro Código Civil dice que "se extingue la acción, pero no el derecho mismo", lo hace simplemente para justificar lo dispuesto en el artículo 1275 del Código Civil que establece que "no hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita", vale decir, como sostén de que tras la prescripción, el acreedor pese a no poder ya (exitosamente) requerir la satisfacción de su derecho, conserva su derecho de crédito, de allí que si se le paga tiene el derecho de no restituir lo que le fue pagado. Pero es evidente que el Código Civil parte de la premisa de que la "acción" es un elemento del "derecho" (que presupone existente) y en ningún caso está pensando que se extinguiría la "acción" exista o no (en concreto) el "derecho". La referencia a la "acción" como objeto de "extinción", sin embargo, aparte de todo el enredo terminológico que conlleva, impide, por un lado, reconducir a unidad el fenómeno prescriptorio de las obligaciones (y de ciertos derechos potestativos) y de los derechos reales *in re aliena* y, por el otro, tomar en cuenta el papel que tiene el sujeto pasivo de la relación jurídica en la formación y perfeccionamiento del fenómeno (cuyo interés es, como lo diremos en el texto, en definitiva, el tutelado con la prescripción), en cuanto toda la atención se fija sobre el titular de la "acción" (o sea del "derecho"). Esta visión "unilateral" a la que nos conduce el artículo 1989 del Código Civil (por lo demás centrada en los derechos de obligación) es la usualmente acogida por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, en la Casación 991-2000/ Camaná, del 28 de agosto de 2002, publicada en *El Peruano*, 2 de diciembre de 2003, se señala que "la prescripción de la acción se sustenta en la inactividad del acreedor, el mismo que no puede prolongar indefinidamente su falta de accionar, lo que motivaría una situación jurídica que podría no llegar a tener certeza nunca".

(2) Señalan AZZARITI y SCARPELLO. *Prescrizione e decadenza*. En: SCIALOJA y BRANCA (editores). *Commentario del Codice Civile*. Libro VI. *Della Tutela dei Diritti*. Bologna-Roma: Zanichelli-Foro Italiano, 1953. p. 543, que el que se considera que objeto de la prescripción sea el derecho o la acción es un "problema más teórico que práctico, por cuanto si la prescripción extingue el derecho subjetivo cae consecuentemente la acción, tanto si esta se considere, según las viejas concepciones, un elemento o una particular actitud del mismo derecho subjetivo, como si se la considere en cambio, según difundidas teorías procesales, un derecho autónomo (...). Bajo este aspecto puede ser indiferente hablar de prescripción de la acción en lugar que del derecho". Naturalmente, nosotros hemos hecho la (absurda) distinción de que la prescripción extingue la acción más no el derecho, tal como indicado en la nota anterior, para justificar el artículo 1275 del Código Civil. (cfr., por ejemplo RUBIO CORREA. *Prescripción y caducidad. La extinción de las acciones y derechos en el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989. pp. 27 y siguientes). Para una reciente (re)adhesión a la tesis de que la prescripción afecta a la "acción" (o sea que opera en el plano procesal y no en el sustancial); cfr., en síntesis de su tesis, PANZA. *Prescrizione*. En: *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*. Tomo XVI. Torino: UTET, 1996. pp. 226 y siguientes.

(3) Que la prescripción recaiga sobre la entera relación jurídica y no solo sobre su lado activo, cfr. GRASSO, Biagio. *Prescrizione (diritto privato)*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen XXXV. Milano: Giuffrè, 1986. pp. 56 y siguientes.

durante un determinado período de tiempo bueno es (para todos<sup>(4)</sup>) que simplemente se extinga, o que - como lo deja entrever nuestro Código Civil al discurrir de “acción”- las situaciones subjetivas de ellas nacientes no sean ya (entera y coactivamente) “tutelables”.

## 2. Imperatividad de las normas sobre la prescripción

Ergo, tras la disciplina legal de la prescripción habrían razones de “interés público” y justamente estas “razones” parecerían ser las que inspiran el artículo 1990 del Código Civil que establece, por un lado, la irrenunciabilidad del “derecho de prescribir” (*rectius*, ineficacia jurídica de la renuncia preventiva) y, por el otro, la nulidad de cualquier pacto enderezado a “impedir los efectos de la prescripción”, dos proposiciones que se resumen en una: la imperatividad de la regulación legal de la prescripción<sup>(5)</sup>.

Pero para entender el ámbito de lo “inderogable” es preciso tener en cuenta que la prescripción es un fenómeno jurídico complejo<sup>(6)</sup>, en el sentido de que para que opere se requiere de la concurrencia de un conjunto de elementos, deducibles de la ley, los cuales una vez verificados, producirán recién el efecto legal: el (correcta o incorrectamente) indicado en el artículo 1989 del Código Civil.

En tal sentido, en el fenómeno prescriptivo son identificables al menos dos “fases” muy marcadas: a) Una, que podemos llamar “preliminar”, que va desde el surgimiento de la relación jurídica (y de las consecuentes situaciones jurídicas subjetivas: activas o de ventaja, y pasivas o de desventaja) hasta el vencimiento del período de tiempo señalado por la ley. Una fase marcada por la no actuación de la relación, que provoca una situación modificativa<sup>(7)</sup> de aquella (eficazmente llamada por Troisi de mera

“prescriptibilidad”<sup>(8)</sup>) en la que la situación subjetiva activa pasa de la plena “tutelabilidad” a una “atenuada”, pues surge en el sujeto pasivo de la relación (prescribiente o, también, en quienes tengan legítimo interés) una situación de ventaja (poder-carga) de completar con su actuar el fenómeno prescriptivo; y, b) Una segunda que podemos llamar “constitutiva” en la que el fenómeno prescriptivo se perfecciona por el actuar de quien se beneficia con él, pasándose así de la mera “prescriptibilidad” (modificativa) a la “prescripción” (extintiva) propiamente dicha, con la consiguiente “liberación” del sujeto pasivo de la relación.

## 3. Sigue. Ámbito de la imperatividad

Teniendo en cuenta estas dos “fases” del fenómeno prescriptivo, lo inderogable por acto unilateral (la “renuncia”) o por acuerdo entre las partes serían aquellas normas que regulan el fenómeno desde su *dies a quo* (artículo 1993 del Código Civil) hasta su *dies ad quem* legal (artículo 2002 del Código Civil), incluyendo obviamente las normas relativas a los plazos mismos (artículo 2001 del Código Civil), de aquellas relativas a todos los eventos que pueden determinar que tal plazo se suspenda (artículo 1994 del Código Civil) o se interrumpa (artículo 1996 y 1997 del Código Civil), así como en cuanto al momento de reanudación (artículo 1995 del Código Civil) o de reinicio del decurso del plazo (artículo 1998 del Código Civil).

Así en la “fase preliminar” no sería jurídicamente eficaz no solo la renuncia *in toto* a beneficiarse en el futuro de la prescripción, sino además, una declaración (unilateral o pacticia) que estableciera que no operan determinados supuestos de suspensión o de interrupción del plazo mismo, o, el supuesto obvio (impedido expresamente por el artículo 2000 del

- (4) AZZARITI y SCARPELLO. *Op. cit.*; p. 543, señalan que fundamento del instituto es “la insuprimible exigencia social de asegurar la certeza en las relaciones jurídicas”. En cambio SANTORO-PASSARELLI. *Dottrine generali del diritto civile*. Napoli: Jovene, 1954. p. 97, indica que su fundamento está en la “adecuación de la situación de derecho a la situación de hecho”. Y así se podrían citar todas las diversas opiniones al respecto. Ello es un signo de la “incertidumbre” en la que está sumido nuestro instituto. Como bien lo señala TROISI. *La prescrizione come procedimento*. Napoli: ESI, 1980. pp. 12 y siguientes, “Parece casi una ironía del destino el hecho de que un instituto destinado, según la opinión dominante, a garantizar la certeza del derecho sea él mismo fuente de profundas incertidumbres: cada aspecto significativo suyo -inherente tanto a la naturaleza, a su estructura como a su función- es controvertido, desde la calificación hasta el fundamento, desde el objeto hasta el contenido, desde los efectos hasta la operatividad de los mismos”.
- (5) Sobre la imperatividad de las normas sobre la prescripción cfr.: AZZARITI y SCARPELLO. *Op. cit.*; pp. 571 y siguientes; BRECCIA y otros. *Derecho Civil*. Tomo I. Volumen 1. Universidad del Externado de Colombia, 1992. pp. 498 y siguientes; CIMMA. *Prescrizione e decadenza*. En: *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*. Tomo XVI. Torino: UTET, 1996. p. 243; FERRUCCI. *Della Prescrizione e della decadenza*. En: *Commentario del codice civile*. Libro VI. *Della tutela dei diritti*. Torino: UTET, 1964. pp. 400 y siguientes; GRASSO, Biagio. *Op. cit.*; pp. 56 y siguientes; PANZA. *Op. cit.*; pp. 241 y siguientes; RUBIO CORREA. *Op. cit.*; pp. 30 y siguientes; SANTORO PASARELLI. *Op. cit.*; pp. 103 y siguientes; SPOTA. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. Volumen 3 (10). Buenos Aires: Depalma, 1959. pp. 207 y siguientes; TRIMARCHI. *Istituzioni di diritto privato*. Milano: Giuffrè. p. 608; TROISI. *Op. cit.*; *passim*, pero especialmente pp. 84-93; VIDAL RAMÍREZ. *Prescripción extintiva y caducidad*. 4ta edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2002. pp. 107-111; VITUCCI. *La prescrizione*. Tomo I. En: SCHLESSINGER (editor). *Il Codice civile. Commentario*. Milano: Giuffrè. 1990. p. 177.
- (6) La doctrina italiana suele discurrir de la prescripción como *fattispecie complessa a formazione successiva*, tan compleja que TROISI. *La prescrizione come procedimento*. *Op. cit.*; ha visto en ella un “procedimiento”, articulada, como todo procedimiento, en “fases” (así: fase preliminar, fase constitutiva y fase integrativa de la eficacia).
- (7) PERLINGERI y MINERVINI. *Istituzioni di diritto civile*. 2da edición. Napoli: ESI, 2003. p. 188, discurren de “situación modificativa”.
- (8) TROISI. *Op. cit.*; pp. 109 y siguientes, que la concibe como una “mera disminución de tutela de los intereses regulados en la relación”.

Código Civil) de establecimiento de plazos convencionales de prescripción (abreviándolos o alargándolos). En suma, lo que el artículo 1990 del Código Civil (al igual que el artículo 2000 del Código Civil) proscribió es la posibilidad de una “prescripción convencional” que se superponga a la regulación legal.

#### 4. La *ratio* de la imperatividad de las normas sobre la prescripción y el interés tutelado

Colocada cronológica y lógicamente la previsión del artículo 1990 del Código Civil dentro de la “fase preliminar” de nuestro fenómeno, es fácil encontrar su *ratio*: mientras esta fase no haya concluido, la ley no quiere que a través de una disciplina pacticia o de una (por lo general impuesta) renuncia, se “impida” que esta llegue a su conclusión. Y no lo quiere por la misma razón por la cual establece normas imperativas en el ámbito del Derecho Privado (por ejemplo en lo relativo al derecho a provocar la anulación de un acto jurídico, o la resolución del contrato, o el reequilibrio entre las prestaciones en los supuestos de una sobrevenida excesiva onerosidad de las prestaciones, o en cuanto al derecho a la rescisión del contrato en el supuesto de lesión): para prevenir, que el pacto (o la imposición de una renuncia) se transforme en un instrumento de abuso para la parte más débil de la relación.

Pero justamente el que nuestra ley sancione con la nulidad a aquel pacto “impeditivo” de los efectos de la prescripción pone en evidencia el interés tutelado por nuestro instituto: no tutela de un (abstracto) “interés público” a la certeza de las relaciones jurídicas, sino, como ha sido evidenciado<sup>(9)</sup>, en tutela de un (concreto) interés individual: el interés de aquel que en eficaz - aunque técnicamente quizá no muy correcta- expresión de nuestra ley tendría el “derecho (¿potestativo?) de prescribir”, o sea de aquel que (en su momento y si quiere) podrá aventajarse del “efecto de la prescripción” o sea del efecto extintivo (o, si se quiere “liberatorio”<sup>(10)</sup>).

Ergo, el artículo 1990 del Código Civil contiene una norma de “protección”, en consecuencia de la cual cualquier “renuncia preventiva” (o sea anterior al vencimiento del plazo legalmente establecido) por parte del sujeto que por ley puede aventajarse con la

prescripción o cualquier pacto tendiente a impedir la adquisición de tal “ventaja”, resultará del todo ineficaz y, como consecuencia, funcionará la regulación legal.

#### 5. La “renuncia a la prescripción ya ganada” como abdicación del perfeccionamiento del fenómeno prescriptivo

Si se tiene presente cuál es el interés tutelado con la imperatividad de las normas relativas a la “fase preliminar” del fenómeno prescriptivo, será más fácil entender cómo así *ex* artículo 1991 del Código Civil, una vez vencido el plazo, aquel que podría aventajarse con la prescripción puede ya (del todo libremente) renunciar a tal ventaja<sup>(11)</sup>.

Ahora bien, parecería una antinomia que antes del vencimiento del plazo legal de prescripción no sea posible renunciar, y, en cambio, una vez vencido sí se pueda. Para justificar la (aparente) contradicción, los que consideran que la prescripción se funda en el “interés público” (o también “social”) a la certidumbre de las relaciones jurídicas, suelen razonar así: durante el período de maduración de la prescripción (nuestra “fase preliminar”) existe ese interés público, pero luego, una vez vencido el plazo, el interés “público” muta a mero “interés privado” (o “individual”), por lo cual el que podría beneficiarse con la prescripción puede ahora sí disponer libremente del “efecto de la prescripción”.

En realidad justificar la posibilidad de la renuncia una vez “ganada” la prescripción con una “mutación” o “degradación” del interés en juego (de público a privado) suena bastante artificioso, máxime si consideramos que tanto “interés público” a la certeza de las relaciones jurídicas inactuadas durante un determinado período de tiempo habría antes como después del vencimiento del plazo legal<sup>(12)</sup>. El interés protegido, antes o después de vencido el plazo, es siempre el mismo, solo que “antes” el “interés de la ley” está en que no se reterza la posibilidad misma del fenómeno prescriptivo, mientras que “después”, a condiciones dadas, la propia ley deja en la disponibilidad del sujeto beneficiario el que la prescripción opere o no.

La llamada “renuncia a la prescripción ya ganada” implica una conducta abdicativa del beneficio que la

(9) Cfr. VITUCCI. *Op. cit.*; pp. 178 y siguientes. Para quien el interés protegido por la inderogabilidad de las normas sobre la prescripción “es un interés estrictamente individual”: el del prescribiente.

(10) Sobre el “derecho de prescribir” como “derecho a la liberación”, cfr. MESSINEO. *Variazioni sul concetto di “rinuncia alla prescrizione”* (artículo 2937, comma 1, *Codice Civile*). En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 1957. pp. 505 y siguientes.

(11) Sobre la renuncia a la prescripción “ya ganada”, cfr.: AZZARITI y SCARPELLO. *Op. cit.*; pp. 572 y siguientes; BRECCIA y otros. *Op. cit.*; pp. 502 y siguientes; CIMMA. *Op. cit.*; p. 245; FERRUCCI. *Della Prescrizione e della decadenza*. *Op. cit.*; pp. 400 y siguientes; GRASSO. *Prescrizione (diritto privato)*. *Op. cit.*; p. 56 y siguientes; MESSINEO. *Op. cit.*; pp. 505 y siguientes; PANZA. *Op. cit.*; pp. 237 y siguientes; ROSELLI y VITUCCI. *La prescrizione e la decadenza*. En: RESCIGNO (editor). *Trattato di diritto privato*. Tomo II. Volumen 20. pp. 375 y siguientes; RUBIO CORREA. *Op. cit.*; pp. 30 y siguientes; SANTORO PASSARELLI. *Op. cit.*; p. 104; SPOTA. *Op. cit.*; pp. 189 y siguientes; TROISI. *Op. cit.*; *passim*; VIDAL RAMÍREZ. *Op. cit.*; pp. 111 y siguientes; VITUCCI. *Prescrizione. Diritto civile*. Volumen 24. En: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. pp. 3 y siguientes; y, VITUCCI. *La prescrizione*. *Op. cit.*; pp. 187 y siguientes.

(12) Lo evidencia VITUCCI. *La prescrizione*. *Op. cit.*; pp. 182 y siguientes.

ley quiere darle al sujeto pasivo de la relación jurídica. En sustancia, que pese a darse todos los elementos para que pueda producirse el fenómeno prescriptorio, este no se complete justamente porque quienes podrían completarlo no lo hacen y más bien ponen en acto un comportamiento de signo opuesto.

## 6. Renuncia expresa y tácita. Sus consecuencias

El artículo 1991 del Código Civil señala que tal comportamiento abdicativo puede manifestarse en forma expresa o tácita.

Ciertamente sobre la “renuncia expresa”, como acto unilateral abdicativo, hay poco que decir: el que puede beneficiarse de la prescripción “declara” que no desea valerse de ella. La ley no exige ninguna forma específica por lo cual será válida cualquiera que se emplee. Siendo así, de ser necesaria la prueba de la existencia de la renuncia (por ejemplo frente al planteamiento en juicio de la excepción de prescripción por parte del demandado, el actor sostenga que hubo renuncia a la misma) serán utilizables todos los medios de prueba pertinentes, sin limitación.

Sobre la capacidad para renunciar el Código Civil vigente no ha reproducido la disposición del artículo 1150 del Código Civil de 1936 en el sentido de que para renunciar se requería contar con “capacidad para obligarse”. Naturalmente, siendo la renuncia un acto de disposición de una “ventaja” es por demás obvio que se requiere de capacidad para obrar (“de ejercicio”, en la terminología del Código Civil).

Mucho más complejo es determinar los supuestos de renuncia tácita, o sea aquellos que se manifiestan por la ejecución de un acto incompatible con “la voluntad” de favorecerse de ella.

Tradicionalmente se ha considerado al pago como paradigma de la llamada renuncia tácita. Buena muestra de ello es que el artículo 1151 del Código Civil de 1936 indicaba como supuesto en el cual se “entendía” renunciada la prescripción del pago “total” de la deuda. Sin embargo, es discutible la utilidad práctica de considerar al pago “total” como supuesto de renuncia tácita. Y ello porque el pago *post* vencimiento del plazo legal es un pago a secas, extintivo de la relación obligatoria y como tal sujeto a las reglas propias del mismo. Lo relevante de establecer cuál comportamiento es incompatible con la voluntad de favorecerse de la prescripción, es que aquel haga pensar al acreedor que pueda intentar (con éxito) la satisfacción de su derecho. Ello no ocurre cuando se ha extinguido la obligación como efecto

del cumplimiento íntegro de la prestación debida, pues el acreedor ya está satisfecho en su interés y el deudor liberado del vínculo<sup>(13)</sup>. Y lo propio debería considerarse frente a cualquier otro evento extintivo (en particular si es satisfactivo) de la relación obligatoria acaecido *post* vencimiento del plazo legal de prescripción.

Contrariamente, siempre en el ámbito de las obligaciones, puede ser considerado un comportamiento que implique una renuncia a “favorecerse” de la prescripción el pago parcial<sup>(14)</sup>, el pedido del deudor de aplazamiento, la inclusión del crédito en la solicitud del deudor de apertura del procedimiento concursal, un mero ofrecimiento de pago (judicial o extrajudicial) no seguido de consignación liberatoria, etcétera.

Como fuere, lo importante es que como consecuencia del comportamiento del prescribiente quede evidenciada la vitalidad de la relación jurídica, a tal grado que el titular del derecho pueda del todo legítimamente pensar que al pretender la satisfacción de su interés la prescripción no será alegada y justamente, de ocurrir ello en el proceso, podrá oponer la (“contra-excepción” de) renuncia.

Se discute si tras la renuncia (expresa o tácita que sea) comience a correr un nuevo plazo de prescripción. Yo creo que la respuesta debe ser positiva, pues lo contrario haría que la relación jurídica se volviera “eterna”<sup>(15)</sup>.

## 7. La no alegación de la prescripción en juicio

Mayor problema se presenta cuando se quiera deducir del comportamiento procesal del prescribiente un supuesto de renuncia tácita.

En particular hay que preguntarse si comportamientos procesales tales como el allanamiento *ex* artículo 330 del Código Procesal Civil o la no contestación de la demanda con el consiguiente efecto de tener por ciertos los hechos expuestos en ella *ex* artículo 461 del Código Procesal Civil, impliquen o no una renuncia tácita a valerse de la prescripción. En principio, me parece que la respuesta deba ser positiva, y ello en atención a que tanto el allanamiento como la no contestación son comportamientos voluntarios (uno explícito, el otro omisivo) de “no resistencia” a la pretensión actora que conducen a la emisión de una sentencia estimatoria de la demanda. La consecuencia es que tras el allanamiento o la declaración de rebeldía del demandado, habrá irreversiblemente precluido la posibilidad de completar el fenómeno prescriptorio.

(13) Cfr. TROISI. *Op. cit.*; pp. 113 y siguientes.

(14) Sobre el pago parcial, cfr. DI PAOLA. *Brevi note in tema di pagamento parziale del debito prescritto e di rinuncia tacita alla prescrizione*. En: *Rivista del diritto commerciale*. 2000. pp. 143 y siguientes.

(15) En ese sentido, AZZARITI y SCARPELLO. *Op. cit.*; p. 2937, nota 1.

Mucho más problemático es ver hoy en el planteamiento de la específica excepción de prescripción un tácito comportamiento abdicativo de “valerse de la prescripción”. Y ello pese a que la no alegación de la prescripción en juicio (al igual que el pago “total”) es por lo común indicado como uno de los tradicionales supuestos de renuncia “tácita”. Sin embargo, dado que nuestra actual regulación procesal ha hecho caer a la excepción de prescripción (artículo 446 inciso 12 del Código Procesal Civil) dentro de su feroz régimen de preclusiones<sup>(16)</sup>, su no alegación en el momento previsto por la ley procesal no creo que responda siempre a una real voluntad abdicativa del prescribiente y más bien puede constituir una impuesta (y del todo contraproducente) forma de volver inoperante al fenómeno prescriptorio mismo.

#### 8. Los límites a la posibilidad de renunciar y su ineficacia frente a determinados terceros

Ahora bien, la posibilidad de una válida renuncia a la alegación de la prescripción (o sea una renuncia al perfeccionamiento del fenómeno extintivo) encuentra algunos límites, en particular cuando esa renuncia pueda afectar intereses de otros sujetos.

Así, pese a que el Código Civil vigente no ha reproducido la disposición del artículo 1152 del Código Civil de 1936 que habilitaba a los terceros que tuvieran interés en el perfeccionamiento de la prescripción a “oponerla” aunque el deudor no la hubiera opuesto o hubiere renunciado a ella (con lo cual se dejaba inferir que tal renuncia era ineficaz frente a determinados terceros), existen disposiciones específicas del Código Civil que hacen inferir que la renuncia (expresa o tácita) por parte del prescribiente es ineficaz frente a determinados sujetos.

Tal es el caso de los codeudores solidarios (artículo 1198 del Código Civil) y de los codeudores en las obligaciones indivisibles (artículo 1181 del Código Civil). Es así que en ambos casos la renuncia a la prescripción del codeudor “no surte efectos

respecto de los demás”, los que podrían hacer valer la prescripción en su favor, perdiendo incluso el deudor el derecho de repetir “contra los codeudores liberados por la prescripción”. Igualmente, es el caso del fiador, que podría oponer (de ser demandado) del todo válidamente la excepción de prescripción aunque el deudor hubiera renunciado a la misma (artículo 1885). Más discutible, dada la lagunosidad de la disciplina, es que lo propio pueda ocurrir en el supuesto del tercero propietario de los bienes hipotecados o del tercero propietario de los bienes dados en “garantía mobiliaria” (según la ahora larga denominación de la vieja “prenda”, dada por la Ley 28677), aunque en mi concepto la respuesta debe ser positiva<sup>(17)</sup>.

#### 9. Perfeccionamiento de la prescripción

El que el juez ex artículo 1992 del Código Civil no pueda “fundar sus fallos” en la prescripción que no ha sido alegada es el mejor indicio de que el fenómeno prescriptivo -a diferencia de la caducidad<sup>(18)</sup>- no se consuma al vencimiento del plazo fijado en la ley (artículo 2002 del Código Civil)<sup>(19)</sup>, pues si así fuera no se ve cómo así podría emitir una sentencia que prescindiera de considerar que el actor carece del derecho de “perseguir en juicio aquello que se le debe” (noción civilista de “acción”) o de actualidad en su “interés para obrar” o de falta de “voluntad de la ley” (para quienes consideran que con la prescripción está en juego una “condición de la acción”), vale decir, que pueda emitir una sentencia con prescindencia de una circunstancia que está palmariamente bajo sus ojos.

En realidad, y como ya he señalado la alegación de (querer valerse de) la prescripción (en principio, por parte del prescribiente) es el elemento final constitutivo de la prescripción, cuya ausencia determina que el fenómeno no se perfeccione, por lo cual, mal podría el juez tomar en cuenta un evento extintivo no perfeccionado<sup>(20)</sup>.

(16) Sobre el feroz régimen de preclusiones de alegación y de prueba, cfr., si se quiere, ARIANO, Eugenia. *Prueba y preclusión. Reflexiones sobre la constitucionalidad del Proceso Civil peruano*. En: **ius et veritas**. Año XII. Número 23. 2001. pp. 72 y siguientes (ahora en: ARIANO, Eugenia. *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista, 2003. pp. 51 y siguientes), así como, ARIANO, Eugenia. *Las preclusiones probatorias en el proceso civil: lugares comunes y paradojas*. En: *Cathedra. Espíritu del derecho*. Número 12. 2006. pp. 13 y siguientes.

(17) Cabe señalar que por lo que atañe a la “neo” garantía mobiliaria regulada por la Ley 28677, el tercero propietario de los bienes se encontrará en una situación bastante dificultosa pues según el artículo 47 inciso 5 lo único que podría evitar su venta extrajudicial será el pago, y “cualquier controversia respecto del monto o de la extensión de alguno de los gravámenes, será resuelta por el Juez Especializado en lo Civil, en vía sumarísima (...), sin suspenderse la venta del bien mueble (...), bajo responsabilidad” por lo cual de haberse producido la renuncia a la prescripción por parte del deudor (sin que haya pagado), el tercero no tendrá modo de oponer eficazmente la prescripción de la obligación y evitar así la “venta” del bien.

(18) Sobre las diferencias entre prescripción y caducidad, en particular en atención a los intereses tutelados, cfr. ARIANO, Eugenia. *Prescripción y Código Procesal Constitucional (Los mecanismos constitucionales de protección entre las garras del tiempo)*. En: *Proceso y Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Número 5. 2005. pp. 35 y siguientes.

(19) Señalan AZZARITI y SCARPELLO. *Op. cit.*; p. 577, que “La prescripción no funciona de manera automática. Ella produce sus efectos solamente si se hace valer por el interesado. Pero una vez que el interesado se opone, ella opera desde el momento en el cual se cumplió el plazo prescripcional, de forma que el derecho afectado por prescripción se extingue desde tal fecha”.

(20) Sobre el álgido problema del momento del perfeccionamiento de la prescripción y la excepción respectiva cfr. ALLORIO. *El ordenamiento jurídico en el prisma de la declaración judicial*. Buenos Aires: Ejea, 1958. p. 218; AZZARITI y SCARPELLO. *Op. cit.*; pp. 577 y siguientes;

## 10. ¿"Procesalidad" de la prescripción?

Así pues, para que se produzca el efecto final (extintivo) se precisa que aquel que se puede beneficiar con la prescripción manifieste su voluntad de favorecerse con ella.

Ahora, debido a que tal manifestación (por lo común) ocurre en el proceso a través de la correspondiente excepción, algunos piensan que la prescripción es, en estricto, un fenómeno procesal<sup>(21)</sup>.

Ello no parece ser correcto, máxime si se piensa que todo el conjunto de elementos que integran (lo que hemos llamado) la "fase preliminar" del fenómeno prescriptorio ocurren a nivel extrajudicial, vale decir, antes y fuera del proceso. En realidad, la prescripción es tan procesal como cualquier otro evento extintivo sustancial que se introduzca al proceso, solo que su modo de operar es tan particular que la hace prácticamente única.

En efecto, lo que hace a la prescripción del todo particular (un cierto símil existe con la compensación ex artículo 1288 del Código Civil) es que su alegación no lo es respecto de un hecho (extintivo) acaecido con anterioridad al proceso (como podría ser el pago, la novación, la condonación, etcétera), sino que aquella es en sí misma fuente del efecto extintivo, vale decir, que es el modo usual de ejercicio del poder de provocar la consumación del fenómeno prescriptorio, circunstancia esta que por sí sola no la convierte en un fenómeno procesal, sino más bien en un fenómeno sustancial que se perfecciona (repito, por lo común) a nivel procesal.

## 11. El dónde, el cómo y el cuándo de la alegación de querer valerse de la prescripción. La preclusión feroz del Código Procesal Civil de 1993

Ahora bien, el problema comienza cuando uno se pregunta el dónde, el cómo y el cuándo se debe producir la alegación de querer valerse de la prescripción. La respuesta parece obvia: el dónde es en el proceso, el cómo es a través de la específica excepción de prescripción y el cuándo es el momento establecido en la normativa procesal.

Sin embargo, en cuanto al "dónde", hay quienes (y yo me enlisto entre ellos) consideran que no necesariamente la prescripción debe ser alegada en el proceso, sino que esta pueda perfeccionarse extrajudicialmente con un acto que manifieste esa intención del sujeto interesado en perfeccionar el evento extintivo (tal como, se me permita el símil, la resolución extrajudicial de un contrato)<sup>(22)</sup>.

Pero sin duda el mayor problema lo presenta el cómo y el cuándo se pueda perfeccionar nuestro fenómeno dentro del proceso. Y es un grave problema desde que entró en vigencia el Código Procesal Civil de 1993.

En efecto, el Código Procesal Civil de 1993 establece que la excepción de prescripción debe ser planteada (al igual que las otras del artículo 446) "dentro del plazo previsto en cada procedimiento" (artículo 447) y que una vez vencido ese plazo todos los hechos que configuran excepciones "no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandado que pudo proponerlas como

BRECIA y otros. *Op. cit.*; pp. 500 y siguientes; CIMMA. *Op. cit.*; p. 245; CUEVA GARCÍA. *Indagaciones heréticas en torno a la prescripción extintiva*. En: *Ius et veritas*. Número 21. pp. 91 y siguientes; FERRUCCI. *Op. cit.*; pp. 408 y siguientes; GRASSO. *Prescrizione (diritto privato)*. *Op. cit.*; pp. 56 y siguientes; GRASSO, Eduardo. *La pronuncia d'ufficio. La pronuncia di merito*. Tomo I. Milano: Giuffrè, 1967. pp. 292 y siguientes; PANZA. *Op. cit.*; pp. 236 y siguientes; RUBIO CORREA. *Op. cit.*; pp. 36 y siguientes; SANTORO PASSARELLI. *Op. cit.*; p. 103; SPOTA. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. Volumen 3 (10). *Op. cit.*; pp. 214 y siguientes; TROISI. *Op. cit.*; pp. 185 y siguientes; VIDAL RAMÍREZ. *Op. cit.*; pp. 113 y siguientes; y, VITUCCI. *La prescrizione*. *Op. cit.*; pp. 208 y siguientes.

(21) Así, entre nosotros MONROY GÁLVEZ. *Algunas interrogantes sobre el Código Procesal Civil peruano*. En: *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*. Lima: Comunidad, 2003. p. 608, partiendo de la premisa de que "los derechos caducan y las pretensiones prescriben", llega a la sabia "conclusión" de que "pretensión (sic) extintiva tiene que estar íntegramente en el Código Procesal, en tanto es una institución procesal". Sería interesante ver cómo quedarían en un código procesal las normas sobre la suspensión o la interrupción del plazo prescriptorio (que dicho sea de paso "corre" todo fuera del proceso, tanto que la notificación de la demanda lo interrumpe). Francamente, como lo digo en el texto, no me lo imagino. Probablemente la mayor demostración de que la prescripción es (en el Perú) fenómeno sustancial y no procesal esté en el artículo 2099 del Código Civil que establece que "la prescripción extintiva de las acciones personales se rige por la ley que regula la obligación que va a extinguirse". Ergo, la ley aplicable es la de la relación sustancial, y no la *lex fori* (o sea la ley del lugar del proceso), como ocurriría si fuera un fenómeno procesal (lo propio se desprende del artículo 2091 del Código Civil). Lo evidenciaba hace muchos años ya HEINITZ. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: Cedam, 1937. p. 218, nota 4. Ahora, la visión "procesal" de la prescripción es fuente mayúscula de problemas, en particular a nivel de casación, en donde se vive en la eterna duda de si sus normas reguladoras son sustanciales o procesales. Cfr. ARIANO, Eugenia. *La prescripción "entrapada" entre las normas del Código Procesal Civil*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Número 61. Octubre 2003. pp. 107 y siguientes.

(22) Así TROISI. *Op. cit.*, pp. 202 y siguientes. En el mismo sentido PROTO PISANI. *La tutela c.d. costitutiva*. En: *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. Napoli: Jovene, 2003. p. 205, nota 19, quien señala que "la excepción en sentido estricto es el poder procesal a través del cual se hacen valer en juicio la relevancia jurídica de un hecho modificativo, impeditivo o extintivo subordinada al ejercicio de un poder sustancial de parte: poder sustancial que puede ser ejercitado contemporáneamente con el poder procesal de excepción o bien puede ser ejercitado ya antes del proceso, en cuyo caso a través de la excepción se hará valer el acto extrajudicial de ejercicio del poder sustancial y la relevancia jurídica del relativo hecho modificativo, impeditivo o extintivo".

excepciones” (artículo 454) o sea zanja una preclusión de alegación en virtud de la cual pasado el “momento” previsto por la ley procesal, esta no podrá ser alegada nunca más (y como tal nuestro fenómeno no podrá ya más perfeccionarse).

Ello hoy nos parece del todo normal. Sin embargo, no siempre fue así.

En efecto, en nuestro primer Código Procesal, o sea el Código de Enjuiciamientos en materia civil de 1852, siguiendo la línea del Derecho común, colocaba a nuestra prescripción entre las listas de “las más comunes” excepciones perentorias (artículo 619)<sup>(23)</sup>, las que debían ser propuestas por el demandado al contestar la demanda y se resolvían en la sentencia. En dicho Código, es bueno precisarlo, estaba clara la contraposición entre excepciones “dilatorias” y las “perentorias”, en cuanto las primeras tenían por objeto solo “suspender o dilatar el curso del litigio” mientras en las que las segundas lo era “extinguir el juicio o acción” (temporal o definitivamente).

El Código de 1912 trató de simplificar el tratamiento de las excepciones haciendo mención solo a las dilatorias, las que quedaron reducidas a la alegación de la incompetencia, pleito pendiente, falta de personería, inoficiosidad de la demanda, naturaleza de juicio, transacción y cosa juzgada, sin mencionar, por cierto, a nuestra prescripción. Lo que parecía claro es que la referencia al carácter “dilatorio” de las mismas, era meramente procesal (o mejor procedimental): una vez propuestas, se suspendía el “juicio”, y el demandado no tenía que contestar la demanda (en ese sentido, “dilataban” el momento para contestar la demanda).

La no inclusión de la prescripción en la lista de excepciones “dilatorias” fue, en su momento, objeto de viva crítica, en cuanto se impedía al demandado el acogerse a los beneficios de la prescripción, poniendo fin rápidamente al juicio. De allí que en el proyecto de reforma de 1949 se pretendió, sin éxito, incluir a nuestra prescripción en la lista de excepciones “dilatorias”<sup>(24)</sup>.

En el “interin” sobrevino el Código Civil de 1936, que colocó la regulación de la prescripción dentro la Sección Primera (de los actos jurídicos) del Libro Quinto (del Derecho de Obligaciones), y, siguiendo en ello lo ya previsto en el Código Civil de 1852<sup>(25)</sup>, estableció, por un lado, que “el Juez no [podía] fundar sus fallos en la prescripción si no [había] sido alegada” (artículo 1154), y por el otro, que esta podía oponerse “en cualquier estado de la causa” (artículo 1153). Ergo, como podía ser hecha valer “en cualquier

estado de la causa”, no existía momento procesal específico para oponerla (por parte del “deudor” demandado o de cualquiera “que tenga interés en ella”: artículo 1152). Y cualquier momento, era efectivamente cualquier momento: al contestar la demanda, o más allá, en segunda instancia, incluso (tema discutido y discutible) ante la Corte Suprema, o sea, en buena cuenta hasta que el proceso no hubiera concluido.

Será recién en 1977 en que sobreviene la primera “gran revolución” en el tratamiento procesal de nuestra “excepción”: en efecto, mediante Decreto Legislativo 21773, se colocó a la prescripción en la lista de “excepciones” (artículo 312 nueva redacción, las que perdieron el calificativo de “dilatorias”, que quedó solo en el epígrafe) y se le dio a todas las excepciones un tratamiento incidental autónomo: se podían interponer en escrito aparte, dentro de los cinco días de notificada la demanda, sustanciándose como los incidentes, sin interrumpir la tramitación del principal. Ergo, las tradicionales “dilatorias” dejaron, desde 1977, de ser “dilatorias”, pues su interposición, no “interrumpía” ya el “principal” (o sea que debía de todas maneras contestarse la demanda). Igualmente, se estableció que una vez vencido el plazo de cinco días podían ser propuestas dentro del principal, sin dar lugar a incidente y debían resolverse en la sentencia (así el artículo 318, redacción Decreto Legislativo 21773). Ello significa que si no se planteaban separadamente (dentro del plazo de cinco días de notificada la demanda) no había preclusión alguna: lo único que no se lograba era un pronunciamiento previo a la sentencia sobre las excepciones planteadas, por lo cual el demandado tenía que padecer todo el “juicio” antes de ver resueltas sus excepciones. Además hay que tener en cuenta que conforme al artículo 1103 del viejo Código (que quedó invariado) en segunda instancia podían “las partes deducir excepciones no alegadas en primera instancia”. Ergo, antes del Código Procesal Civil de 1993, no existía respecto a nuestra excepción de prescripción ninguna preclusión, ni en primera ni en segunda instancia.

Le siguió el Decreto Legislativo 127 de 1981, que confirmando a nuestra prescripción como “excepción”, así como su tramitación incidental autónoma, agregó que “en ningún caso se podrá deducir excepciones ante la Corte Suprema” (artículo 318, nuevo texto), y le dedicó unas palabras particulares a nuestra excepción. Es así que en consonancia con el artículo 1153 del Código Civil de 1936 los legisladores se sintieron en la necesidad

(23) Sobre las excepciones en el Código de 1852 cfr. ALZAMORA VALDEZ. *Derecho procesal civil. Teoría del proceso ordinario*. 2da edición. Lima. 1968. pp. 47 y siguientes; FERRERO, Augusto. *Derecho procesal civil. Excepciones*. 3era edición. Lima. 1980. pp. 55 y siguientes; MONROY GÁLVEZ. *Apuntes para un estudio sobre la excepción*. En: *Temas de proceso civil*. Lima. 1987. pp. 125 y siguientes.

(24) Sobre esas vicisitudes cfr. FERREO. *Op. cit.*; pp. 57 y 165.

(25) En efecto, el artículo 530 del Código Civil de 1852 disponía que “la excepción de prescripción puede oponerse en cualquier estado de la causa”.

de establecer que “la excepción de prescripción [podía] ser deducida en cualquier estado de la causa” (artículo 318). Además se estableció que en el supuesto en que se hubiera planteado (incidentalmente) la excepción de prescripción el juez podía “reservar su resolución para la sentencia”.

Poco después sobrevino el Código Civil de 1984 el que suprimió la regla contenida en el artículo 1153 del Código que derogaba<sup>(26)</sup>, o sea el que la prescripción pudiera oponerse en “cualquier estado de la causa”. Como consecuencia, la suerte de nuestra “excepción” quedó expuesta a lo que regulara el Código Procesal.

Y así llegamos al Código Procesal Civil de 1993 que, como ya se dijo, (re)colocó entre las excepciones a nuestra prescripción. Pero a diferencia del Código de Procedimientos Civiles derogado (conforme al Decreto Legislativo 127) no se le dedicó ni media palabra para diferenciarla de las demás “excepciones”. Como consecuencia, nuestra prescripción de ser una excepción, desde siempre, “privilegiadísima” -en cuanto podía ser opuesta “en cualquier estado de la causa”- terminó reducida a ser tratada de la misma forma que las demás.

Ergo, hoy o se plantea nuestra “excepción” en el momento previsto por la ley procesal o no podrá plantearse nunca más. Lo cual, si se piensa resulta de lo más paradójico pues el Código Procesal Civil de 1993 dice ser un Código “publicístico” y sin embargo, con sus preclusiones impide que la prescripción pueda cumplir los “publicísticos” fines

de “interés público” de dar “certeza a las relaciones jurídicas” (e impide que los procesos puedan terminar más rápidamente<sup>(27)</sup><sup>(28)</sup>).

Vistas así las cosas, resulta una paradoja que el “liberal” Código Civil de 1936 (repito, siguiendo al Código Civil de 1852) haya establecido que la prescripción podía ser opuesta “en cualquier estado de la causa” y, en cambio, el “publicístico” (*rectius*, autoritario) Código Procesal Civil de 1993 haya amarrado al prescribiente dentro de sus angustiosas preclusiones.

## 12. Prescripción y cosa juzgada

Pero allí no queda todo. Lo más grave se presenta cuando la excepción es efectivamente planteada y estimada. Como se lee en el inciso 5 del artículo 451 del Código Procesal Civil su estimación determina que se declare “nulo todo lo actuado y concluido el proceso” (artículo 451 inciso 5), con la consecuencia de que el proceso efectivamente concluye pero con una resolución de mera *absolutio ab instancia*. ¿*Quid de la res in iudicium deducta?* ¿Se formará *res iudicata* sobre ella?

Quizá convenga siempre recordar que hasta antes del Decreto Legislativo 21773 de 1977, la prescripción no se “oponía” a través de lo que podemos llamar “acto-excepción”, sino que tenía el tratamiento de una cuestión de fondo (o sea como una excepción sustancial<sup>(29)</sup>) privilegiadísima, pues podía oponerse en cualquier momento de la “causa”

(26) Según lo expresa VIDAL RAMÍREZ. *La Prescripción extintiva y la caducidad en el Código Civil peruano*. Lima: Cultural Cuzco, 1985. p. 113, “En cuanto a la oportunidad de oponerse a la prescripción, que el Código de 1936 precisó en el artículo 1153, señalando que podía oponerse en cualquier estado de la causa, como ya hemos advertido, el Anteproyecto del que fuimos autores omitió consignar norma al respecto y el Código también lo ha hecho. Según expresamos en nuestra Exposición de Motivos, estimamos conveniente excluir la norma del artículo 1153 por considerarla innecesaria, por cuanto la excepción de prescripción se rige por las reglas del Código Procesal y, en consecuencia las normas que suscite el que sea deducida, no son de competencia del ordenamiento sustantivo”. En las últimas ediciones de la obra, estando ya vigente el Código Procesal Civil de 1993, el autor señala que dicha supresión “ha resultado acertada si se toma en consideración el ordenamiento procesal que rige desde 1993” (así en la p. 117 de la 4ta edición, que es la citada en este trabajo).

(27) En el sentido de que la excepción de prescripción simplifica la resolución de la litis cfr. LIEBMAN. *Ordine delle questioni e eccezione di prescrizione*. En: *Rivista di diritto processuale*. 1967. pp. 538 y siguientes.

(28) Según lo ha expresado recientemente Juan Monroy Gálvez, la razón de las preclusiones establecidas en relación a las excepciones (y, entre ellas, la de prescripción) estaría (si no he entendido mal) en que “los abogados corrompieron el proceso civil durante 81 años”, de allí que el espíritu del Código Procesal Civil de 1993 haya sido el “quitarle el proceso al abogado y entregárselo al juez”, evitándose así “el uso abusivo de las excepciones que los colegas incoaban como indebida estrategia de defensa legal que solo llevaba a demorar y recargar la administración de justicia” (lo refiere DEL SOLAR. *Juan F. Monroy Gálvez*. En: *Jurídica*. Número 90. Martes 18 de abril de 2006, p. 10). Yo no sé a cuáles de los 81 años de vigencia del Código de Procedimientos Civiles de 1912 se refiera Monroy Galvez. Lo que sí sé es que con la reforma del Código de Procedimientos Civiles de 1912 operada con el Decreto Legislativo 21773, el plantear excepciones no producía ya efecto dilatorio alguno, pues si planteadas como de “especial pronunciamiento”, no “interrumpían” el principal, y si planteadas en el principal, se resolvían (recién) en la sentencia, así que no creo que se pueda decir que ellas “demoraban” y “recargaban” la administración de justicia. Como fuere, se suele decir que un proceso estructurado en base a férreas preclusiones pertenece a un sistema procesal “publicístico” (cfr., del propio MONROY GÁLVEZ. *Introducción al proceso civil*. Tomo I. Bogotá: Temis, 1996. pp. 106 y siguientes, pero sobre todo, PROTO PISANI y otros. *Preclusión*. En: *Enciclopedia giuridica*. Tomo XXIII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1995; para quienes “todo el régimen de las preclusiones es funcional a las exigencias publicísticas del ordenado y rápido desenvolvimiento del proceso”). Sin embargo, hay que decir que, al menos en cuanto a la prescripción, el que solo pueda ser alegada dentro de los estrechos márgenes temporales del Código Procesal Civil, poco o nada tiene que ver con el “ordenado” y “rápido” desenvolvimiento del proceso; y más bien contribuye a hacerlo más “lento”, pues si no planteada a tiempo, ya no podrá plantearse y como consecuencia deberá necesariamente entrarse al fondo, con todo lo que ello significa (solo) en términos de tiempo.

(29) Sobre las excepciones “sustanciales” (o sea la alegación de hechos impeditivos, modificativos y extintivos del derecho alegado por el actor), cfr. CAPPELLETTI. *Nuovi fatti giuridici ed eccezioni nel giudizio di rinvio*. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 1959. pp. 1610 y siguientes, especialmente, pp. 1611 y siguientes; CAPPELLETTI. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Tomo I.

y cuya estimación conducía, a su vez, a la desestimación de la demanda, o sea a la emisión de la resolución de fondo.

Pero adviértase que en 1977 se introduce a la prescripción entre la lista de excepciones de “previo pronunciamiento”, no por considerarla una “cuestión procesal”, sino solo para favorecer al demandado, es decir, para que en el supuesto que se verificaran los extremos de la prescripción pudiera obtener mucho más rápidamente una resolución desestimatoria de la demanda, pues caso contrario, habría tenido que esperar hasta la sentencia, mientras que en el Código Procesal Civil de 1993 se le (re)introduce como “excepción” (procesal) bajo el entendido que lo que estaba en juego con ella era una “condición de la acción”, cuya estimación da lugar simplemente a la anulación de todo lo actuado y consiguiente conclusión del proceso, o sea a una resolución meramente absolutoria de instancia, sin que exista -aparentemente- una declaración sobre el fondo, cuando, como toda excepción (verdadera) a lo único que debería conducir es a la emisión de una sentencia desestimatoria (o sea de fondo) por haberse, en el caso de la prescripción, extinguido, el derecho alegado por el actor, y como tal apta, a pleno título para adquirir la calidad de cosa juzgada<sup>(30)</sup>.

Luego, como con la denominada “excepción de prescripción” no se denuncia ni la “invalidez de la relación procesal” ni el impedimento de pronunciarse sobre el fondo por omisión o defecto en una “condición de la acción”<sup>(31)</sup>, constituye un abierto desacuerdo el que el Código Procesal Civil le haya dado el tratamiento que le ha dado. En realidad, como bien lo señala Troisi, la excepción de prescripción “tiene una doble función, una de naturaleza sustancial y otra de naturaleza procesal: por un lado completa el supuesto de hecho [*fattispecie*] de prescripción, por el otro, como acto (procesal) normativo, desencadena el deber del juez de determinar, con sentencia declarativa, los efectos ya producidos por el supuesto de hecho [*fattispecie*]

ya completado”<sup>(32)</sup>. Y sobre ello, es por demás lógico, debe formarse cosa juzgada<sup>(33)</sup>.

### 13. La oposición de la prescripción por parte de terceros

En el paso del Código Civil de 1936 al de 1984 se produjo otra merma: la no precisión de quién puede oponer la prescripción (*rectius*, quien puede completar el fenómeno).

En efecto, como ya recordado, el artículo 1152 del Código Civil de 1936 disponía que podían oponer la prescripción tanto los acreedores del deudor como cualquiera que tuviera interés en ella, aunque el deudor no la opusiera o la renunciara. Ello ha desaparecido del todo en la actual regulación.

Sin embargo, hay que considerar que, si la renuncia a la prescripción no es oponible a ciertos sujetos, esos mismos podrán, en defecto del prescribiente, del todo legítimamente deducir, de ser el caso, la correspondiente “excepción” de prescripción, ya sea que ellos mismos sean partes en un proceso o decidan intervenir en uno *inter alios* para hacer valer la prescripción (y repito, completar el fenómeno) que (directa o indirectamente) le favorece.

Así, legitimado para oponer la prescripción será el acreedor del deudor (ex inciso 4 del artículo 1219 del Código Civil); el tercero propietario de los bienes hipotecados en garantía de deudas ajenas<sup>(34)</sup>; el codeudor solidario, el causahabiente de aquel que ha adquirido en virtud de un negocio anulable, respecto de la acción de anulación del negocio mismo. Por no decir de aquellos terceros interesados en la reexpansión del derecho de propiedad cuando la prescripción esté referida a un derecho real *in re aliena* (usufructo, uso y habitación, servidumbre, etcétera).

Naturalmente, si el tercero pretende intervenir (según los casos, *ad adiuvandum* o como litisconsorcial) en el proceso *inter alios* para hacer valer la prescripción se enfrentará con un problema suscitado por la tan severa regulación procesal: el

Milano: Giuffrè, 1962. pp. 339 y siguientes; CAPPELLETTI. *L'eccezione come contraddiritto del convenuto*. En: *Rivista di diritto processuale*. 1961. pp. 266 y siguientes; CARNELUTTI. *¿Un lapsus evidente?* En: *Rivista di diritto processuale*. 1960. pp. 447 y siguientes; CARNELUTTI. *Eccezione ed analisi dell'esperienza*. En: *Rivista di diritto processuale*. 1960. pp. 644 y siguientes; CHIOVENDA. *Sulla "eccezione"*. En: PROTO PISANI (editor). *Saggi di diritto processuale civile*. Tomo I. Milano: Giuffrè, 1993. pp. 151 y siguientes; PROTO PISANI. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1948. Número 38. pp. 182-189; COLESANTI. *Eccezione (dir. proc. civ.)*. En: *Enciclopedia del diritto*. Tomo XIV. Milano: Giuffrè, 1965. pp. 174 y siguientes; DENTI. *L'eccezione nel processo civile*. En: *Dall'azione al giudicato*. Padova: Cedam, 1983. pp. 64 y siguientes; FABBRINI. *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*. En: *Scritti giuridici*. Tomo I. Milano: Giuffrè, 1989. pp. 353 y siguientes; LIEBMAN. *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*. En: *Rivista di diritto processuale*. 1960. pp. 449 y siguientes; MONTERO AROCA. *Derecho Jurisdiccional*. En: *El proceso civil*. 7ma edición. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 366; MONTERO AROCA. *El nuevo proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 543 (que respecto de la prescripción discurre de “hecho excluyente”).

(30) Cfr. *infra* nota 34.

(31) Como lo sostiene MONROY GÁLVEZ. *Apuntes para un estudio de la excepción*. *Op. cit.*; pp. 102 y siguientes.

(32) TROISI. *Op. cit.*; pp. 72 y siguientes.

(33) Sobre estos concretísimos problemas cfr. ARIANO, Eugenia. *Prescripción, “cuestiones” declarables de oficio y cosa juzgada*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Número 36. Setiembre 2001. pp. 31 y siguientes (ahora en ARIANO, Eugenia. *Problemas del proceso civil*. *Op. cit.*; pp. 101 y siguientes); así como, ARIANO, Eugenia. *La prescripción “entrapada” entre las normas del Código Procesal Civil*. *Op. cit.*

(34) Sobre el tercero propietario de los bienes muebles dados en garantía, cfr. *supra* nota 17.

artículo 101 *in fine* del Código Procesal Civil establece que “los intervinientes se incorporan al proceso en el estado en que este se halle al momento de la intervención”, con la consecuencia de que si en aquel proceso ya se maduró la preclusión para el planteamiento de las excepciones, podrán hacer muy poco para hacer valer la prescripción. Como siempre el Código Procesal Civil constituye un obstáculo para que las instituciones sustanciales puedan operar.

#### 14. La alegación de valerse de la prescripción en “vía de acción”. Reflexiones finales

Es opinión corriente, aunque negada por no pocos, que el fenómeno prescriptorio puede ser completado en un proceso no solo con el planteamiento de la relativa excepción sino además planteándola directamente como demanda (meramente declarativa). En lo personal considero que no hay disposición alguna que lo impida. A lo más se podría dudar de la existencia de un concreto interés para obrar por parte del prescribiente (o de tercero interesado), por lo cual será de la concreta *causa petendi* la que determinará la viabilidad de una demanda con tal objeto. Donde sí resulta clarísimo el interés para obtener la declaración de prescripción es en materia de derechos reales *in re aliena*, pues el propietario si quiere ver efectivamente “liberado” su bien del usufructo, derecho de uso, derecho de habitación o servidumbre “no usado” por el respectivo titular, la más de las veces, a fin de lograr la certeza sobre la extinción del derecho real menor y la reexpansión de su derecho de propiedad, no tendrá otro camino que así demandarlo.

Ahora, la posibilidad del planteamiento “vía acción” podría ser un camino para superar, en cierta medida, las barreras preclusivas del Código

Procesal Civil de 1993, en particular si planteada como reconvencción<sup>(35)</sup>. Naturalmente, también aquí, cuando el Código Procesal Civil lo permita (ver artículo 445 del Código Procesal Civil), máxime si tenemos en cuenta que hay procesos en los que la reconvencción está, *ex lege*, del todo excluida (ver artículos 490 y 559 del Código Procesal Civil).

Como fuere, ya sea que la prescripción “ya ganada” se haga valer extrajudicial o judicialmente, a través de la correspondiente excepción o a través de una específica demanda (o reconvencción), lo que debe quedar claro es que la prescripción como fenómeno extintivo de las situaciones jurídicas sustanciales requiere de la manifestación de voluntad del “interesado” de querer favorecerse con ella, que es como decir que el efecto extintivo (o, si se quiere, “preclusivo”, como se ha sostenido recientemente en Italia sobre la huella de las reflexiones de Falzea<sup>(36)</sup>) no se produce automáticamente al vencimiento de los plazos legales (como podría hacernos inferir una superficial lectura del artículo 2002 del Código Civil, según el cual nuestra prescripción “se produce vencido el último día del plazo”), por lo que debemos descartar la idea de que el juez pudiera pronunciarse sobre ella de oficio. Si así se hiciera terminaríamos desnaturalizando totalmente nuestro instituto, subvirtiendo todos los intereses que tan sutilmente se tutelan con la opción, a plazo madurado, de renuncia-alegación de la prescripción<sup>(37)</sup>.

En cambio, lo que sí se precisaría (y con urgencia) para que la prescripción recupere su benéfica operatividad, es deshacer (al menos respecto de ella) el régimen de preclusiones que se ha impuesto con el Código Procesal Civil de 1993, régimen que cuanto más se piensa más se revela, desde todo punto de vista, simplemente absurdo. 

(35) En la Casación 991-2000/Camaná, del 28 de agosto de 2002, *Op. cit.*; supra nota 1, se señala que “si el numeral [12 del artículo 446 del Código Procesal Civil] permite proponer la prescripción de la acción como excepción no significa que no pueda plantearse como pretensión”. Sin embargo, en el caso que motivó la emisión de esa sentencia no es que la declaración de la prescripción se haya demandado o reconvenido, sino que el demandado, no habiendo oportunamente planteado la excepción, la dedujo al contestar la demanda. En la sentencia de vista (la impugnada en casación) se había declarado (*sic*) “la prescripción extintiva de la acción, nula la sentencia [apelada], nulo todo lo actuado y por concluido el proceso”. La sentencia de casación desestimó el recurso porque desde el momento que en la audiencia de conciliación se incluyó como punto controvertido el relativo a la prescripción el propio actor “convalidó cualquier cuestionamiento respecto a la oportunidad y pertinencia sobre el pronunciamiento de la referida prescripción extintiva”. Téngase, sin embargo, en cuenta cómo resolvió la sentencia de vista: nulo todo y conclusión del proceso, o sea un “no pronunciamiento”. Como fuera, la circunstancia de que en el caso se haya “permitido” la alegación de la prescripción en la contestación de la demanda, no debe considerarse como una superación de las preclusiones del Código Procesal Civil. Es altamente probable que nunca más se repita tanto “libertinaje”.

(36) Cfr. FALZEA. *Efficacia giuridica*. En: *Enciclopedia del diritto*. Tomo XIV. Milano: Giuffrè, 1965. pp. 498 y siguientes; y su seguidor, VITUCCI. *La prescrizione*. *Op. cit.*; pp. 28 y siguientes.

(37) Como, en sustancia, creo que se ha hecho en materia de prescripción “cambiaría” (*rectius*, cartular) por la Ley 27287, Ley de Títulos Valores, que ha sometido a las llamadas “acciones cambiarias” (*rectius*, los derechos cartulares, que son, por lo general, derechos de crédito) a un extraño régimen en cuanto “deben ser exigidas en los plazos de prescripción” (artículo 95.1); los plazos “son perentorios y no admiten interrupción, ni suspensión” (artículo 96.3) y, como tales, siguen corriendo durante el curso del respectivo proceso judicial o arbitral sin que, por cierto, afecte el proceso, “salvo que este sea declarado en abandono” (artículo 95 inciso 2). Como se ve se trata de dudosos plazos de prescripción, en particular porque queda la incertidumbre de si el juez puede apreciarla de oficio. La razón de una regulación tan *sui generis* está en que en el Proyecto publicado en *El Peruano* el 8 de febrero de 1999 (ver artículos 96 y 97) se pretendía transformar los plazos para el ejercicio de las acciones cambiarias a plazos de caducidad. Luego se cambió de idea, pero quedó una “prescripción” totalmente desfigurada. Cfr. al respecto, ARIANO, Eugenia. *Tutela jurisdiccional del crédito cambiario en la nueva Ley de Títulos Valores*. En: *Revista de Investigación*. Órgano de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Año 3. Número 4. 2001. pp. 23 y siguientes (ahora en ARIANO, Eugenia. *Problemas del proceso civil*. *Op. cit.*; pp. 397 y siguientes).